

OS FUNDAMENTOS ATUAIS DO DIREITO INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL*

Maristela Basso

RESUMO

Traça um breve histórico a respeito dos direitos de propriedade intelectual, estabelecendo um vínculo entre esses e o Direito Internacional. Menciona o aparecimento da Conferência das Nações Unidas para o Comércio e o Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial e da Organização Mundial da Propriedade Intelectual como elementos facilitadores na promoção dos direitos de propriedade intelectual.

Detalha o regime internacional da propriedade intelectual do *TRIPS* – (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*) que integra o Acordo constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), explicitando as negociações do *TRIPS* no GATT.

Analisa o acordo *TRIPS*, sua natureza, seus objetivos, seu alcance e os princípios gerais que o regem e delimita seus efeitos no Direito Internacional de proteção dos direitos de propriedade pós-uniões de Paris e Berna, bem como as implicações institucionais decorrentes das relações entre o *TRIPS* e a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI).

Por fim, discorre sobre os efeitos das normas do *TRIPS* no Brasil, que podem ser externos ou internacionais, relacionados às obrigações assumidas junto à OMC e aos seus Estados-membros. Cita, ainda, a legislação brasileira sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Internacional; propriedade intelectual; Organização das Nações Unidas – ONU; *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* – *TRIPS*; Organização Mundial do Comércio – OMC; Organização Mundial de Propriedade Intelectual – OMPI.

* Conferência proferida no "Seminário sobre Direito Autoral", realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 17 e 18 de março de 2003, no Centro Cultural Justiça Federal, Rio de Janeiro - RJ.

Os direitos de propriedade intelectual estão vinculados, historicamente, ao Direito Internacional porque houve uma interação entre o movimento de proteção dos direitos de propriedade intelectual e o Direito Internacional.

Como se sabe, as Convenções da União de Paris para a Proteção da Propriedade Industrial (1883) e da União de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas (1886) desempenharam um papel fundamental para a evolução desses direitos no âmbito dos direitos internos e do Direito Internacional¹.

Durante mais de cinquenta anos, os sistemas das duas Uniões, de Paris e de Berna, reunidas, oficialmente, em novembro de 1892, nos BIRPI – *Bureaux Internationaux Réunis Pour la Protection de la Propriété Intellectuelle*, permaneceu inalterado, ainda que algumas reorganizações tenham sido levadas a efeito.

Após a Segunda Guerra mundial, o Direito Internacional sofreu importantes transformações, que se refletiram nos direitos de propriedade intelectual. O sistema introduzido pelas Nações Unidas propiciou alteração essencial no regime das duas Uniões. As estruturas das Uniões eram arcaicas e não conseguiam mais atender às novas necessidades de proteção da propriedade intelectual. Com o aparecimento das organizações internacionais, não era mais possível manter as Uniões com as suas estruturas e características originárias. Era chegado o momento de aproximá-las das organizações internacionais que começavam a se multiplicar no pós-Guerra.

A Carta das Nações Unidas trouxe importantes e inovadoras disposições relativas à cooperação econômica e social entre seus Estados-membros. As competências conferidas ao Conselho Econômico e Social da ONU puseram em xeque a sobrevivência dos organismos de coordenação então existentes, como as Uniões de Paris e de Berna e seus "Bureaux". Não tardou para que o Conselho Econômico e Social acesse com a possibilidade de liquidação de algumas instituições internacionais, dentre as quais os referidos "Bureaux".

Com o surgimento da Conferência das Nações Unidas para o Co-

As pressões das indústrias nos países desenvolvidos, sobretudo nos Estados Unidos, no sentido de buscar maior proteção aos direitos de propriedade intelectual, associadas à frustração demonstrada por alguns países com o sistema de proteção das Nações Unidas levaram o tema para o âmbito de discussões do GATT.

mércio e o Desenvolvimento - CNUCED/UNCTAD (1964) e da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento Industrial - ONUDI (1966), soluções do passado tornaram-se ultrapassadas, era preciso criar uma organização que se ocupasse, especificamente, da propriedade intelectual, que instituisse mecanismos adequados de proteção e redução das disparidades crescentes entre os países industrializados e os em desenvolvimento.

A comunidade internacional se encontrava frente a uma tarefa difícil: a reestruturação dos BIRPI, a fim de responderem às novas necessidades e enfrentar as transformações ocorridas após a Segunda Guerra mundial.

A resposta veio por meio da Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967², que criou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual - OMPI/WIPO, com sede em Genebra, que adquiriu o *status* de Organismo Especializado da ONU, em 17 de dezembro de 1974³.

A OMPI unifica os conceitos, abolindo a tradicional divisão, existente no modelo tradicional ou histórico, que separava os direitos dos autores e dos inventores, em duas categorias: direito de autor e conexos e propriedade industrial. A Convenção de Estocolmo destina-se à proteção da propriedade intelectual que, de acordo com o seu texto, art. 2º, VIII, inclui os direitos relativos:

- às obras literárias, artísticas e científicas;
- às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão;
- às invenções em todos os domínios da atividade humana;

- às descobertas científicas;
- aos desenhos e modelos industriais;
- às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais;
- à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.

Vê-se, claramente, a unificação dos conceitos. Da sua constituição aos dias atuais, destaca-se a função da OMPI de encorajar e estimular a atividade de criação dos indivíduos e das empresas dos países-membros, facilitando a aquisição de técnicas e obras literárias e artísticas estrangeiras, bem como o acesso à informação científica e técnica contida nas patentes.

A OMPI é o **principal centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual**.

2 O REGIME INTERNACIONAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL DA OMC/TRIPS

2.1 RAZÕES DA INCLUSÃO DO TRIPS NO GATT

Duas são as razões fundamentais da inclusão do TRIPS⁴ no GATT: *o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional*.

Em torno dessas duas grandes motivações, orbitam outras, satélites. Entretanto, por razões metodológicas, debruçar-nos sobre as motivações principais.

2.1.1 A NECESSIDADE DE COMPLETAR O REGIME INTERNACIONAL DA OMPI

A OMPI, diferentemente de outras organizações internacionais do sistema das Nações Unidas, não tem poderes para dirigir resoluções diretamente aos Estados. Seus atos decorrem das competências conferidas por tratados e convenções, em matérias específicas. Quanto aos aspectos administrativos, a OMPI se encarrega da aplicação das normas destinadas a dar efeitos internacionais, tanto aos registros que são feitos diretamente no seu secretariado quanto àqueles realizados em órgãos administrativos internos dos Estados.

Contudo, a atividade de harmonização das normas sobre propriedade intelectual, acaba se restringindo aos aspectos técnicos, haja vista a inexistência de mecanismos eficazes de verificação do adimplemento dos deveres e obrigações dos Estados, e de resolução de controvérsias.

A OMPI reconhece essas deficiências, razão pela qual continua seus trabalhos no sentido de elaborar um tratado sobre solução de disputas, sobretudo no âmbito da propriedade industrial, o qual deverá contemplar os mecanismos tradicionais de resolução de controvérsias entre os Estados (negociação, mediação, conciliação e arbitragem), além do recurso à Corte Internacional de Justiça de Haia.

A OMPI é uma organização de caráter preponderantemente técnico, cujo processo decisório tem por base o princípio da igualdade de votos entre os Estados-partes. Inexiste um órgão com competência para verificar o adimplemento pelos Estados dos compromissos assumidos e um sistema de sanções oponíveis aos Estados-membros inadimplentes.

2.1.2 A VINCULAÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL COM O COMÉRCIO INTERNACIONAL

Quando foi negociado o Acordo do GATT, em 1947, já se sabia da importância da proteção dos direitos de propriedade intelectual para o comércio multilateral. Alguns dispositivos do GATT fazem referência ao tema: arts. IX (6); XII (3), III; XVIII (10) e XX (d), porém, de forma muito tímida. Isso porque, logo após a Segunda Guerra mundial, ainda não se tinha clara percepção da vinculação entre propriedade intelectual e comér-

cio internacional, nem dos reflexos que poderiam advir, no mercado internacional, de um sistema mais eficaz de proteção desses direitos.

Isso só acontece, mais tarde, quando, especialmente nas décadas de 1970 e 1980, ficam evidentes os benefícios da proteção à propriedade intelectual, como fator fundamental de desenvolvimento tecnológico e aumento dos investimentos diretos do exterior. Ou seja, reconhece-se que a proteção à propriedade intelectual está diretamente vinculada ao aumento do comércio mundial.

A partir de então, expande-se a compreensão de que os bens imateriais se tornam cada vez mais importantes para a sobrevivência das indústrias, e para as estratégias que elas devem implementar nos âmbitos nacional e internacional.

Se os bens imateriais se destacam no contexto do desenvolvimento tecnológico, os direitos de propriedade intelectual, que os protegem, assumem um grau maior de importância estratégica.

Aquela antiga condição de que gozavam os Estados, no modelo tradicional ou histórico, anterior à Segunda Guerra, de optar em implementar ou não políticas de proteção à propriedade intelectual, torna-se inviável no modelo atual, frente aos compromissos internacionais, cada vez mais numerosos, assumidos pelos Estados, e às pressões dos setores privados nacionais e transnacionais⁵.

Vimos, assim, que a associação de fatores políticos, econômicos, sociais, culturais e jurídicos, realizou o casamento (indissolúvel) entre os direitos de propriedade intelectual e o comércio internacional. Mas, para isso, foi preciso esperar até as décadas recentes.

2.1.3 AS NEGOCIAÇÕES DO TRIPS NO GATT: A BUSCA DO CONSENSO ENTRE AS PARTES

As pressões das indústrias nos países desenvolvidos, sobretudo nos Estados Unidos, no sentido de buscar maior proteção aos direitos de propriedade intelectual, associadas à frustração demonstrada por alguns países com o sistema de proteção das Nações Unidas levaram o tema para o âmbito de discussões do GATT⁶.

Os países em desenvolvimento resistiram por mais de vinte anos, porém, acabaram por aceitar o GATT como o foro mais adequado para a elaboração de normas destinadas a

estabelecer “níveis” ou “padrões” de proteção da propriedade intelectual, como também as medidas necessárias para a sua observância e sanções.

As negociações tiveram início em 20 de setembro de 1986, no lançamento da Rodada do Uruguai. As diferenças entre norte e sul ficaram, mais uma vez, evidentes e se refletiram na capacidade negociadora das delegações. Não apenas as diferenças econômicas dos países como também a falta de especialistas nas delegações dos países em desenvolvimento influenciaram no curso dos trabalhos.

Durante os debates, emergiram três concepções sobre propriedade intelectual:

(a) A primeira, defendida pelos Estados Unidos, entendia a proteção da propriedade intelectual como instrumento para favorecer a inovação, as invenções e a transferência de tecnologia, independentemente dos níveis de desenvolvimento econômico dos países. Os países desenvolvidos enfatizavam a vinculação entre propriedade intelectual e comércio internacional.

Durante as discussões, os países comunicaram ao GATT que a operação de suas companhias era ameaçada pela contrafação e inadequada proteção da propriedade intelectual;

(b) A segunda posição, defendida pelos países em desenvolvimento, destacava as profundas assimetrias norte-sul, no que diz respeito à capacidade de geração de tecnologia. Sem desconhecer a importância da proteção da propriedade intelectual, esses países defendiam que o objetivo primordial das negociações deveria ser assegurar a difusão de tecnologia mediante mecanismos formais e informais de transferência. Os países em desenvolvimento tinham a preocupação de se garantir o acesso seguro à moderna tecnologia por meio de maior proteção dos direitos de propriedade intelectual. O dilema era como aumentar a proteção a esses direitos e garantir o acesso à moderna tecnologia. Para eles, suas necessidades de desenvolvimento econômico e social eram tão importantes (ou mais) que os direitos dos detentores de propriedade intelectual;

(c) Por fim, tínhamos uma posição intermediária de alguns países desenvolvidos, dentre os quais o Japão e os membros das Comunidades Europeias que destacaram a necessidade de assegurar a proteção dos

direitos de propriedade intelectual, evitando abusos no seu exercício ou outras práticas que constituíssem impedimento ao comércio legítimo. Isso porque os direitos exclusivos outorgados pelos títulos de propriedade intelectual poderiam se tornar, muitas vezes, barreiras ao comércio, especialmente por seu uso abusivo. Para esses países, as distorções no comércio podem surgir não apenas da “inadequada” proteção como também de uma “excessiva” proteção.

Após seis anos de intensas negociações, o diretor-geral do GATT, Arthur Dunkel, apresentou, em dezembro de 1991, um projeto do acordo em todas as áreas negociadas durante a “Rodada do Uruguai”. Conhecido como “*Dunkel Draft*”⁷, o projeto sofreu alterações até o final da “Rodada do Uruguai”, em 15 de dezembro de 1993, sendo aprovado pelos ministros do GATT, em Marraqueche, em 15 de abril de 1994.

O projeto buscava um ponto de equilíbrio entre as várias posições e, ao mesmo tempo, apresentar uma resposta às preocupações dos países em desenvolvimento.

São reveladoras do contexto em que as negociações se desenvolveram as afirmações do diretor-geral Dunkel, no projeto final, de dezembro de 1991:

*This is not to say the agreement is without its critics. All parties “won” and lost important issues. Some industries in some countries are deeply troubled by the compromise package put forward. Nonetheless, the opportunity to obtain multilateral rules and enforcement mechanisms across so many disparate issues will likely be viewed as one of the major accomplishments in any concluded Uruguay Round*⁸.

A composição dos interesses em jogo durante as negociações do TRIPS resultou numa posição comum expressa numa pauta de compromissos claramente apresentados no preâmbulo do acordo e nos arts. 7°, 8° e 69.

Como se lê no Preâmbulo do Acordo, as partes lograram o consenso comprometendo-se:

(a) a aplicar os princípios básicos do GATT 1994 e os acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;

(b) a estabelecer padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;

O TRIPS representa, portanto, um documento fundamental na consolidação da proteção dos direitos de propriedade intelectual na sociedade internacional contemporânea e a vinculação definitiva desses direitos ao comércio internacional. Com ele as partes ganharam e perderam e os interesses contrapostos acabaram chegando ao consenso.

(c) a estabelecer meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;

(d) a estabelecer procedimentos eficazes e expedidos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre Governos; (...).

Para tanto, os Estados reconhecem:

(a) a necessidade de um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre comércio internacional de bens contrafeitos;

(b) os direitos de propriedade intelectual são direitos privados;

(c) os objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia;

(d) as necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo, no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos, com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável;

(e) a importância de reduzir tensões mediante a obtenção de compromissos firmes para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionadas ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais (Preâmbulo).

O art. 7° do Acordo TRIPS fixa os objetivos a serem perseguidos:

A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de

conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações.

As partes se comprometem a buscar benefícios recíprocos, bem-estar social e econômico e, sobretudo, o equilíbrio de direitos e obrigações. O reconhecimento e a observância dos direitos de propriedade intelectual dependem de valores sociais relevantes e, em particular, do equilíbrio entre os usuários de conhecimento tecnológico.

Como observou Carlos Correa, o Acordo TRIPS, portanto, não consagra um paradigma “absolutista” da propriedade intelectual, no qual só interessa a proteção dos direitos do titular. Pelo contrário, baseia-se no equilíbrio entre a promoção da inovação e da difusão e transferência de tecnologia⁹.

Destaca-se, assim, a importância da promoção da inovação e a difusão tecnológica como componentes fundamentais da política dos países partes do Acordo.

O art. 8° fixa os princípios do Acordo:

1 Os membros, ao formular ou emendar suas leis e regulamentos, podem adotar medidas necessárias para proteger a saúde e nutrição públicas e para promover o interesse público em setores de importância vital para seu desenvolvimento socioeconômico e tecnológico, desde que estas medidas sejam compatíveis com o disposto neste Acordo.

2 Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práti-

cas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência de tecnologia.

Os Estados, tendo sempre presentes as disposições do Acordo, devem adaptar suas legislações às regras de proteção da propriedade intelectual, sem perder de vista seus interesses em matéria de saúde pública, proteção ambiental, dentre outros. Podem os Estados adotar medidas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual ou o recurso a práticas que sirvam de barreiras injustificáveis e não-razoáveis ao comércio, ou que afetem adversamente o curso da transferência internacional de tecnologia, lançando mão, por exemplo, das licenças obrigatórias.

O art. 69 do Acordo fixa as premissas básicas da cooperação internacional entre os Estados contratantes:

Os Membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, deles darão notificações e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.

O dispositivo expressa o compromisso das partes, no sentido de coibir o comércio de bens pirateados e com marcas contrafeitas, ou seja, o comércio internacional de bens que violem os direitos de propriedade intelectual. Todas as medidas tomadas nesse sentido devem ser comunicadas à TRIPS, por meio do Conselho (Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio), cujas funções são, de acordo com o seu art. 68, *supervisionar a aplicação do Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos membros, das obrigações por ele estabelecidas, e lhes oferecer a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias.*

O disposto no art. 67, referente à cooperação técnica, determina que *a fim de facilitar a aplicação do Acordo, os países desenvolvidos membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento membros e de menor desenvolvimento relativo membros. Essa cooperação incluirá assistência na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.*

O Acordo TRIPS busca o consenso, cujo alicerce fundamental deve ser a cooperação entre os Estados-partes. Quando necessário está à disposição dos Estados o Sistema de Solução de Controvérsias (constante do art. 64, do TRIPS e do Anexo 2 do Acordo Final da "Rodada do Uruguai".

O TRIPS representa, portanto, um documento fundamental na consolidação da proteção dos direitos de propriedade intelectual na sociedade internacional contemporânea e a vinculação definitiva desses direitos ao comércio internacional. Com ele as partes ganharam e perderam e os interesses contrapostos acabaram chegando ao consenso. Certamente, o texto ficou aquém das expectativas dos países desenvolvidos, que buscavam no GATT patamares superiores de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Por outro lado, os países em desenvolvimento, que buscavam assegurar a difusão de tecnologia, destacando as assimetrias norte-sul, comprometeram-se a implementar medidas eficazes e apropriadas para a aplicação de normas de proteção destes direitos relacionadas ao comércio, na perspectiva da cooperação internacional.

A "Rodada do Uruguai" representa a busca de um denominador comum, cujo limite foi o próprio consenso. Sob esta ótica, são extremamente oportunas as afirmações de Celso Lafer, quando, recordando a lição de Grócio em oposição à de Hobbes, diz:

Há um potencial de sociabilidade e solidariedade na esfera internacional. Este potencial provê – e este é o pressuposto no qual se fundamenta a OMC – uma interação organizada e não-anárquica entre os

atores da vida econômica num mercado globalizado, que não funciona como um jogo de soma zero, em que o ganho de um significa a perda do outro. Há conflito, mas há também cooperação, lastreada num processo abrangente que tem sua base na racionalidade e na funcionalidade da reciprocidade de interesses. Somente se pode perceber e julgar adequadamente essa reciprocidade de interesses se estão visivelmente à tona, através da publicidade contemplada pelo princípio de transparência¹⁰ (grifo nosso).

2.3 O TRIPS: NATUREZA, OBJETIVOS, ALCANCE E PRINCÍPIOS GERAIS

2.3.1 NATUREZA DO TRIPS

O TRIPS integra o "Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio - OMC", também conhecido como "Ata Final da Rodada do Uruguai", que aqui denominamos de "Acordo Geral" ou "Acordo Constitutivo". A OMC é um Acordo maior que se compõe de quatro Anexos e o TRIPS é o Anexo 1C.

Dessa forma, para entendermos o TRIPS e seus fundamentos, devemos ter presente os princípios que inspiram e norteiam a OMC.

Como observou Celso Lafer, *a OMC, num sistema internacional hoje caracterizado por preponderância dos Estados Unidos – que é a única potência capaz de atuar em todos os tabuleiros da vida mundial (estratégico-militar; econômico-financeiro; tecnológico, político-diplomático etc.) – é uma das únicas instâncias em que efetivamente prevalece um multipolarismo. Enseja coligações de geometria variável, em função da variedade dos temas tratados; por isso, no multilateralismo comercial não prevalecem alinhamentos automáticos. Razão pela qual, comenta Lafer, na OMC, na formação destas coligações, não só os Estados Unidos têm peso. A Europa atua pela voz única da Comissão Européia, o Japão opera sem inibições; países de grande mercado como a Índia e o Brasil têm efetiva influência; interesses específicos como os da liberação do comércio de produtos agrícolas, como vem mostrando a atuação do Grupo de Cairns, possuem poder de iniciativa pela força da ação conjunta e, finalmente, a regra e prática do consenso no processo decisório têm um componente de democratização que permeia a vida da organização¹¹.*

A OMC descortina um novo universo que precisa ser mais conhecido pelas consequências que gera em todos os campos da atividade econômica dos Estados e por ser o trampolim de inserção no comércio mundial. Mediante a implantação de normas de cooperação mútua, a OMC busca a promoção do interesse comum. Vale destacar os esclarecimentos de Celso Lafer:

Em outros organismos internacionais, tais como o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou a Conferência do Desarmamento, que tratam de temas de segurança e cujo limite é a paz ou a guerra, o recuso obstrucionista ao veto é considerado legítimo e ocorre com frequência porque, teoricamente, a sobrevivência do Estado como uma unidade independente pode estar em jogo. A OMC, como uma expressão de Direito Internacional de cooperação no campo econômico e um foro de negociação de interesse geral, não opera sob a mesma presunção. Sua premissa é operar dentro, e não fora do sistema. O consenso é a contrapartida dessa premissa na OMC, enquanto um foro negociador de um direito internacional de cooperação. Essa é a razão pela qual as normas da OMC não podem ser impostas por meio de um pactum subjectionis. Todos os membros da OMC criam e estabelecem regras por meio de um pactum societatis, que assegura uma efetiva dimensão de aceitação generalizada¹².

Os Anexos 1, 2 e 3 do Acordo da OMC integram o conjunto denominado "Acordos Multilaterais de Comércio" e são "obrigatórios" para os Estados-membros. O Anexo 4 é composto pelos denominados "Acordos Plurilaterais de Comércio", que são facultativo, isto é, vinculam, unicamente, os países que os tenham aceitado.

Em alguns países se discute a natureza do "Acordo Constitutivo da OMC", em seus respectivos ordenamentos internos. Para alguns, este Acordo implica um *executive agreement*, para outros um tratado de comércio – *trade agreement*¹³.

O "Acordo Constitutivo da OMC" é um tratado-contrato, porque os Estados-membros podem determinar como implementar suas regras, desde que observado o disposto no "Acordo Geral e seus Anexos". Com razão sustenta Luiz Olavo Baptista:

(...) as pessoas não estão familiarizadas com a sistemática da OMC. Ao lado da assinatura do con-

trato, cada um dos países apresenta um anexo com as disposições e as explicações da forma como vai cumprir o tratado. Aí está um aspecto muito importante, são os bindings, isto é, as obrigações que os países têm de nem por denúncia de tratado reduzir as vantagens decorrentes de determinadas cláusulas e condições. Essas deverão ser inseridas na sua legislação, segundo os prazos ali fixados. Em todos os tratados que o Brasil assinou em Marraqueche, há um anexo com uma série de bindings ou obrigações. Nas publicações feitas pela OMC e do Diário Oficial, esses bindings não aparecem¹⁴.

Os Estados-membros da OMC podem determinar o método mais adequado, de acordo com os seus procedimentos internos, de implementação das disposições do "Acordo Geral", o que reforça a sua natureza de "tratado-contrato". Conforme Luiz Olavo Baptista, é como se cada Estado, ao firmar a "Ata Final" ou o "Acordo Constitutivo da OMC, dissesse: *Este contrato que passamos entre nós, Estados-membros, visa criar uma legislação que observe um piso e deve ser implementado por você, Estado-membro, dentro do seu sistema jurídico da forma que você costuma fazer, ou deve fazer essas coisas de acordo com a sua legislação. Segundo ele, fica claro assim que os mandamentos do Acordo não se endereçam aos súditos, mas aos Estados-membros da OMC*¹⁵.

O TRIPS é um "tratado-contrato", não só devido aos seus aspectos relacionados ao comércio, mas porque por ele, bem como pelos demais acordos que compõem a OMC, os Estados-partes, realizando uma operação jurídica, criaram uma situação jurídica subjetiva.

Sua natureza é distinta dos "tratados-leis", que estabelecem uma situação jurídica impessoal à medida que editam regras de Direito objetivamente válidas. Nestes, os Estados desempenham um papel semelhante ao do legislador.

Os "tratados-contratos" geram obrigação internacional de conduta na ordem internacional e não na ordem interna dos Estados-partes, que só pode ser exigida pelo outro ou outros Estados-partes do tratado. Quem não é parte não pode exigir o seu cumprimento, tal qual acontece com os contratos, no Direito Civil das obrigações.

Denis Barbosa afirma que os destinatários das normas do TRIPS são os Estados-membros da OMC. Nenhum direito subjetivo resulta para

a parte privada, da vigência e aplicação do TRIPS. E acrescenta, com muita propriedade: (...) *assim, por expressa determinação do próprio TRIPS, cabe à legislação nacional dar corpo às normas prefiguradas no texto internacional. Não existem, no caso, normas uniformes, mas padrões mínimos a serem seguidos pelas leis nacionais, sob pena de violação do Acordo – mas sem resultar, no caso de desatendimento, em violação de direito subjetivo privado*¹⁶.

A essência contratual do TRIPS, desponta desde logo em seu art. 1º (Natureza e Abrangência das Obrigações):

1.1 *Os membros colocarão em vigor o disposto neste Acordo. Os Membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo, desde que tal proteção não contrarie as disposições deste Acordo. Os membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistema e prática jurídicos.*

Os Estados-partes do TRIPS assumiram, reciprocamente, o compromisso de implementar, em seus sistemas de Direito nacional, os padrões mínimos de proteção fixados em comum. São livres para determinar a forma mais apropriada de cumprir este compromisso de acordo com as regras vigentes em seus sistemas de direito e com a prática reinante. Caracterizará violação ao Acordo TRIPS, se os Estados-partes não o fizerem, se, ao fazerem, não observarem os padrões mínimos ou, se esses forem observados, houver descumprimento.

2.3.2 OS OBJETIVOS E ALCANCE DO TRIPS

2.3.2.1 OBJETIVOS

Os objetivos do TRIPS, haja vista as duas preocupações principais – (a) completar as deficiências do sistema de proteção da OMPI e (b) vincular, definitivamente, os direitos de propriedade intelectual ao comércio internacional, são: *reduzir as distorções e obstáculos ao comércio internacional, considerando a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e a necessidade de assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo*¹⁷. Os Es-

tados-partes reconhecem como absolutamente necessário:

a) a aplicação dos princípios básicos do GATT 1994 e dos acordos e convenções internacionais relevantes em matéria de propriedade intelectual;

b) o estabelecimento de padrões e princípios adequados relativos à existência, abrangência e exercício de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio;

c) o estabelecimento de meios eficazes e apropriados para a aplicação de normas de proteção de direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio, levando em consideração as diferenças existentes entre os sistemas jurídicos nacionais;

d) o estabelecimento de procedimentos eficazes e expeditos para a prevenção e solução multilaterais de controvérsias entre os Governos Preâmbulo.

O TRIPS teve origem na necessidade de se elaborar um arcabouço de princípios, regras e disciplinas multilaterais sobre o comércio de bens contrafeitos; na exigência premente de se fixar objetivos básicos de política pública dos sistemas nacionais para a proteção da propriedade intelectual, inclusive os objetivos de desenvolvimento e tecnologia e, igualmente, nas necessidades especiais dos países de menor desenvolvimento relativo no que se refere à implementação interna de leis e regulamentos com a máxima flexibilidade, de forma a habilitá-los a criar uma base tecnológica sólida e viável Preâmbulo.

Conforme os objetivos do TRIPS, a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações (art. 7°).

Busca o TRIPS reduzir tensões entre os Estados-partes mediante compromisso para a solução de controvérsias sobre questões de propriedade intelectual relacionados ao comércio, por meio de procedimentos multilaterais, descritos no art. 64 do Acordo TRIPS e no anexo 2 do Acordo Geral.

O TRIPS visa à realização de um empreendimento comum, dirigido à promoção do interesse compartilhado. Suas metas estão traçadas em

normas de cooperação mútua, consenso, prudência e lealdade.

2.3.2.2 ALCANCE OU ABRANGÊNCIA

O art. 1.1 aponta o alcance do TRIPS:

1) o alcance das obrigações representam um *standard* mínimo: os membros poderão, mas não estarão obrigados a prover, em sua legislação, proteção mais ampla que a exigida neste Acordo;

2) a obrigatoriedade de incorporação das disposições do Acordo nas legislações nacionais;

3) a liberdade de escolha da metodologia de implementação: os membros determinarão livremente a forma apropriada de implementar as disposições deste Acordo no âmbito de seus respectivos sistemas e prática jurídicos.

a) OS PADRÕES MÍNIMOS DE PROTEÇÃO

As disposições do TRIPS constituem padrões mínimos de proteção que devem ser adotados pelos Estados-partes, em suas legislações nacionais.

Não se pode exigir dos Estados-partes proteção aos direitos de propriedade intelectual mais ampla do que aquela prevista no Acordo. Qualquer controvérsia deve ser submetida ao procedimento de solução de controvérsias da OMC.

As disposições do Acordo não são autônomas e não podem ser aplicadas diretamente porque ditam os critérios mínimos de proteção e não o exato conteúdo desses direitos.

Sendo assim, o TRIPS não se constitui numa lei uniforme, porque muitas áreas ficaram em aberto, por exemplo, a matéria patenteável (art. 27, 3, d)¹⁸, os períodos de transição conferidos aos países em desenvolvimento (art. 65, 2)¹⁹ e de menor desenvolvimento relativo (art. 66)²⁰.

b) A INCORPORAÇÃO NOS DIREITOS INTERNOS

Os Estados-membros devem incorporar as regras do Acordo em suas legislações, observados, para os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, os períodos de transição estabelecidos.

Muitos países, sobretudo os desenvolvidos, têm ratificado o TRIPS, e pelo seu caráter "não-executório" ou no *self executing*, ado-

tado leis para incorporar as disposições do Acordo em suas legislações. Nos Estados Unidos foi sancionada uma lei especial para incorporar o TRIPS ao seu Direito interno, em 1994. A União Européia ratificou o TRIPS e a Comissão Européia declarou que as disposições do Acordo não são *por sua natureza suscetíveis de serem invocadas pelos particulares na Comunidade ou frente aos tribunais dos países-membros*²¹, razão pela qual a Comissão modificou as normas preexistentes em matéria de marcas²² e de circuitos integrados²³.

Em 1994, o Canadá, o Japão e a Austrália modificaram suas leis para adaptá-las ao TRIPS.

Os países latino-americanos, mesmo dentro do período de transição, já começaram a se adaptar às disposições do TRIPS, dentre eles a Argentina, Brasil e a Comunidade Andina.

c) OS MÉTODOS DE INCORPORAÇÃO AOS DIREITOS INTERNOS

Os Estados-partes têm liberdade para escolher a forma apropriada para implementar as disposições do Acordo, desde que respeitados os padrões mínimos de proteção, podendo prover proteção mais ampla. A metodologia a ser seguida por cada Estado, na implementação do TRIPS, é aquela descrita em seu próprio sistema de direito²⁴.

O art. 1.2 determina o que se entende por propriedade intelectual: direito do autor e direitos conexos, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, patentes, topografia de circuitos integrados e proteção de informação confidencial.

O art. 13 (Limitações e Exceções) prevê que *os Membros restringirão as limitações ou exceções aos direitos exclusivos a determinados casos especiais, que não conflitem com a exploração normal da obra e não prejudiquem injustificavelmente os interesses legítimos do titular do direito*.

2.3.3 OS PRINCÍPIOS GERAIS DO TRIPS

2.3.3.1 O PRINCÍPIO DO SINGLE UNDERTAKING

Este é um princípio fundamental para entendermos a lógica do sistema da OMC.

O princípio do *single undertaking* está expresso no art. 2°,

incs. 2 e 3 da Ata Final da Rodada do Uruguai, isto é, do Acordo Constitutivo da OMC:

2.2 - *Os acordos e os instrumentos legais conexos incluídos nos Anexos 1, 2 e 3 denominados a seguir de Acordos Comerciais Multilaterais formam parte integrante do presente Acordo e obrigam a todos os membros.*

2.3 - *Os acordos e os instrumentos legais conexos incluídos no Anexo 4 denominados a seguir de Acordos Comerciais Plurilaterais também formam parte do presente Acordo para os membros que os tenham aceito e são obrigatórios para estes. Os acordos comerciais plurilaterais não criam obrigações nem direitos para os membros que não os tenham aceitado.*

Porquanto, conclui-se que não é possível aderir a apenas parte dos acordos, sob pena de quebrar seu equilíbrio e lógica estrutural, exceção feita aos acordos comerciais plurilaterais, do Anexo 4.

Desse princípio decorre a unidade do sistema, razão pela qual chamávamos atenção para o fato de que o TRIPS deve ser examinado dentro da estrutura da OMC.

Segundo o princípio do *single undertaking* o TRIPS não admite reservas.

2.3.3.2 O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO NACIONAL

O princípio do tratamento nacional e o princípio da nação mais favorecida já integravam o esquema estrutural do GATT - 1947 (arts. I e III), e se mantiveram na estrutura da OMC, atingindo todos os seus acordos constitutivos.

De acordo com o art. 3.1 do TRIPS (tratamento nacional), *cada membro concederá aos nacionais dos demais membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção²⁵ da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. No que concerne a artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão, essa obrigação se aplica apenas aos direitos previstos neste Acordo. Todo membro que faça uso das possibilidades previstas no artigo 6 da Convenção de Berna e no parágrafo 1.b, do artigo 16*

Os Estados-partes do TRIPS assumiram, reciprocamente, o compromisso de implementar, em seus sistemas de Direito nacional, os padrões mínimos de proteção fixados em comum. São livres para determinar a forma mais apropriada de cumprir este compromisso de acordo com as regras vigentes em seus sistemas de direito e com a prática reinante.

da Convenção de Roma, fará uma notificação, de acordo com aquelas disposições, ao Conselho para TRIPS.

Os Estados-partes também poderão fazer uso dessas exceções em relação a procedimentos judiciais e administrativos, inclusive a designação de um endereço de serviço ou nomeação de um agente em sua área de jurisdição, somente quando tais exceções sejam necessárias para assegurar o cumprimento de leis e regulamentos que não sejam incompatíveis com as disposições deste Acordo e quando tais práticas não sejam aplicadas de maneira que poderiam constituir restrição disfarçada ao comércio (art. 3.2).

2.3.3.3 O PRINCÍPIO DA NAÇÃO MAIS FAVORECIDA

Este princípio, que faz parte da história do GATT - 1947 (art. I: Tratamento Geral de Nação mais Favorecida), é um dos pilares sobre o qual se apóia a OMC. No Acordo TRIPS, este princípio está previsto no art. 4º, o qual determina que, com relação à proteção da propriedade intelectual, *"toda vantagem, privilégio ou imunidade que um Membro conceda aos nacionais de qualquer outro país será outorgado imediata e incondicionalmente aos nacionais de todos os demais membros"*. Está isenta desta obrigação toda vantagem, favorecimento, privilégio ou imunidade concedida por um Membro que:

a) *resulte de acordos internacionais sobre assistência judicial ou sobre aplicação em geral da lei e não limitados em particular à proteção da propriedade intelectual;*

b) *tenha sido outorgada em conformidade com as disposições da*

Convenção de Berna (1971) ou da Convenção de Roma que autorizam a concessão de tratamento em função do tratamento concedido em outro país e não do tratamento nacional;

c) *seja relativa aos direitos de artistas-intérpretes, produtores de fonogramas e organizações de radiodifusão não previstos neste Acordo;*

d) *resultem de acordos internacionais relativos à proteção da propriedade intelectual que tenham entrado em vigor antes da entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC, desde que esses acordos sejam notificados ao Conselho para TRIPS e não constituam discriminação arbitrária ou injustificável contra nacionais dos demais membros (art. 4º).*

O campo de aplicação deste artigo é bastante amplo: todas as vantagens, favorecimentos, privilégios e imunidades que um Estado-parte conceda aos nacionais de outro Estado-parte serão automática e incondicionalmente estendidas aos nacionais dos demais Estados-partes.

As obrigações decorrentes dos princípios do "tratamento nacional" e "da nação mais favorecida" (arts. 3º e 4º) *não se aplicam aos procedimentos previstos em acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual (art. 5º).*

2.3.3.4 O PRINCÍPIO DO ESGOTAMENTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS (EXAUSTÃO)

Conforme o princípio do esgotamento internacional dos direitos ou exaustão de direitos, o direito de exclusão comercial do titular do direito

de propriedade intelectual se esgota no momento em que ele introduz o produto patenteado no comércio ou consente que isso seja feito por terceiro.

Ao realizar a primeira comercialização, o direito do titular se esgota de tal forma que os produtos introduzidos no comércio poderão ser objeto de atos, ulteriores e sucessivos, de comercialização, de acordo com o regime de liberdade de comércio. O titular da marca não mais poderá proibir ou restringir que terceiros comercializem, ulteriormente, produtos com a tal marca, o que se denomina "vendas paralelas" ou "distribuições paralelas".

O esgotamento pode ser nacional e internacional.

O esgotamento nacional ocorre quando a exaustão dos direitos do titular se limita ao livre comércio interno de um Estado. Se o titular do direito de propriedade intelectual colocou seu produto no comércio nacional, não pode impedir a sua ulterior comercialização.

Com o esgotamento internacional acontece o mesmo, porém, com repercussões maiores. Se o produto for comercializado pela primeira vez pelo titular do direito de propriedade intelectual, ou com o seu consentimento, em qualquer lugar do mundo, estarão livres as importações e ulteriores vendas paralelas deste produto no Estado importador em que a marca tenha sido registrada.

Existe ainda o esgotamento supranacional, que acontece no âmbito do Mercado Comum Europeu. Contudo, o que nos interessa aqui é o esgotamento internacional.

O art. 6º do Acordo TRIPS estabelece: *Para os propósitos de solução de controvérsias no marco deste Acordo, e sem prejuízo do disposto nos arts. 3º e 4º, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de propriedade intelectual.*

Durante as negociações da Rodada do Uruguai pretendeu-se dar a este artigo uma redação mais explícita. Não obstante, sua intenção é reconhecer ao legislador nacional a plena liberdade para prover ou excluir o esgotamento dos direitos de propriedade intelectual no seu corpo legislativo interno, respeitados os limites impostos pelo próprio Acordo TRIPS.

O princípio do esgotamento internacional já constava no GATT - 1947, parágrafos 1º e 4º do art. III (Tratamento Nacional no Tocante à Tribu-

tação e Regulamentação Internas). De acordo com esses dispositivos, os produtos do território de uma parte contratante não podem receber da lei nacional sobre propriedade intelectual tratamento menos favorável que o outorgado aos produtos similares de origem nacional, evitando uma proteção discriminatória do produto nacional. Se aos produtos nacionais se aplica o esgotamento nacional, ao produto importado deve-se aplicar o princípio do esgotamento internacional, nas mesmas condições, desde que introduzidos no mercado da parte exportadora pelo titular do direito de propriedade intelectual, ou com o seu consentimento.

O art. 6º do TRIPS admite a possibilidade do esgotamento internacional dos direitos, isto é, a possibilidade de importar legalmente um produto protegido por direitos de propriedade intelectual, desde que tenha sido introduzido, no mercado de qualquer outro país, pelo seu titular, ou com o seu consentimento.

A possibilidade de "importações paralelas" faz parte da lógica do sistema da OMC. Como afirmou Tomás de las Heras Lorenzo, *a exclusão do esgotamento internacional suporia uma distorção no sistema do GATT e um passo atrás na liberdade do comércio internacional*⁶⁶.

Afirma Correa que *o reconhecimento do princípio do esgotamento internacional do Acordo TRIPS pode ser visto como um reflexo lógico da globalização da economia em nível nacional. Esta solução é conveniente para assegurar a competitividade das empresas locais, que podem estar em desvantagem se se vêem obrigadas a comprar exclusivamente de distribuidores que aplicam preços mais altos que os vigentes em outro país*²⁷.

A exaustão nacional no Brasil consta no art. 43, IV e a exaustão internacional, está prevista no art. 188, II, da Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996.

O art. 42 da referida lei brasileira determina que *a patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; II - processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado (...). A exaustão nacional aparece no art. 43: O disposto no artigo anterior não se aplica (...) IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente*

pelo titular da patente ou com seu consentimento.

A exaustão internacional aparece no art. 188: *Comete crime contra registro de desenho industrial quem: (...) II - importa produto que incorpore desenho industrial registrado no País, ou imitação substancial que possa induzir em erro ou confusão, para os fins previstos no inciso anterior, e que não tenha sido colocado no mercado externo diretamente pelo titular ou com seu consentimento.*

2.3.3.5 O PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA

O princípio da "transparência" é essencial na estrutura da OMC e no Acordo TRIPS. Pelo art. 63, os Estados-partes se comprometem a publicar, ou a tornar público, as leis e regulamentos finais de aplicação relativos à matéria objeto do Acordo, de tal forma que os governos e os titulares dos direitos de propriedade intelectual deles tomem conhecimento. Impõe o princípio da transparência que os acordos relativos à matéria objeto do Acordo TRIPS que estejam em vigor entre o governo ou uma agência governamental de um membro e o governo ou agência governamental de um outro membro também sejam publicados.

Tem um papel importante na transparência da conduta das partes contratantes, o "Conselho para TRIPS" "Conselho dos Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio". Sua função é a de supervisionar a aplicação do Acordo e, em particular, o cumprimento, por parte dos membros, das obrigações por eles estabelecidas, e lhes oferecerá a oportunidade de efetuar consultas sobre questões relativas aos aspectos dos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio. O Conselho *se desincumbirá de outras atribuições que lhe forem confiadas pelos Membros e, em particular, lhes prestará qualquer assistência solicitada no contexto de procedimentos de solução de controvérsias* (art. 68).

As partes contratantes se comprometem a notificar o Conselho para TRIPS das leis e regulamentos referidos acima, de forma a assisti-lo em suas funções. O referido Conselho tentará minimizar o ônus dos membros em dar cumprimento a esta obrigação e poderá até dispensá-los disso, se concluir com a OMPI entendimento sobre o estabelecimento de um registro comum. O mesmo

poderá acontecer em relação às obrigações do Acordo TRIPS derivadas das disposições do art. 6 da Convenção de Paris (1967) (art. 63, 2 do TRIPS).

2.3.3.6 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

A OMC tem suas bases no Direito Internacional da cooperação, cuja finalidade principal é a promoção do interesse comum por meio de normas de cooperação mútua. A cooperação é a pedra de toque em todos os Acordos que constituem a Organização, inclusive o TRIPS.

A cooperação pode ser interna e externa. A interna se realiza no âmbito da OMC, isto é, entre seus membros. No TRIPS, o princípio da cooperação aparece no Preâmbulo, e se consagra, definitivamente, no art. 69 (Cooperação Internacional):

Os membros concordam em cooperar entre si com o objetivo de eliminar o comércio internacional de bens que violem direitos de propriedade intelectual. Para este fim, estabelecerão pontos de contato em suas respectivas administrações nacionais, delas dando notificação e estarão prontos a intercambiar informações sobre o comércio de bens infratores. Promoverão, em particular, o intercâmbio de informações e a cooperação entre as autoridades alfandegárias no que tange ao comércio de bens com marca contrafeita e bens pirateados.

Dentro do princípio geral de cooperação, o art. 67 enfatiza o aspecto técnico da assistência mútua:

A fim de facilitar a aplicação do presente Acordo, os países desenvolvidos membros, a pedido, e em termos e condições mutuamente acordados, prestarão cooperação técnica e financeira aos países em desenvolvimento relativo membros. Essa cooperação incluirá assistência técnica na elaboração de leis e regulamentos sobre proteção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como sobre a prevenção de seu abuso, e incluirá apoio ao estabelecimento e fortalecimento dos escritórios e agências nacionais competentes nesses assuntos, inclusive na formação de pessoal.

No campo da assistência mútua, entre as partes contratantes, os países desenvolvidos concederão incentivos a empresas e instituições de seus territórios com o objetivo de

A cooperação internacional ou “externa” é a que se estabelece entre o TRIPS e a OMPI e outras organizações internacionais relevantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual. Não poderia ser diferente, já que a proposta do TRIPS é somar-se aos acordos preexistentes sobre a matéria, estabelecendo relações de cooperação e assistência contínua com outras organizações.

promover e estimular a transferência de tecnologia aos países de menor desenvolvimento relativo membros, a fim de habilitá-los a estabelecer uma base tecnológica sólida e viável (art. 66.2).

A cooperação internacional ou “externa” é a que se estabelece entre o TRIPS e a OMPI e outras organizações internacionais relevantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual. Não poderia ser diferente, já que a proposta do TRIPS é somar-se aos acordos preexistentes sobre a matéria, estabelecendo relações de cooperação e assistência contínua com outras organizações.

O art. 68, parte final do Acordo, estabelece: *O Conselho para TRIPS poderá consultar e buscar informações de qualquer fonte que considerar adequada. Em consulta com a OMPI, o Conselho deverá buscar estabelecer, no prazo de um ano a partir de sua primeira reunião, os arranjos apropriados para a cooperação com os órgãos daquela Organização.*

O futuro vai definir e selar as bases dessas relações de cooperação, tanto *interna corporis* quanto entre as organizações.

2.3.3.7 O PRINCÍPIO DA INTERAÇÃO ENTRE OS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE A MATÉRIA

O TRIPS não pretende cancelar o passado e recomençar a tarefa de proteção dos direitos de propriedade intelectual. Como herdeiro da história, reconhece o valor dos documentos que o antecederam. O art. 2° (Convenções sobre Propriedade Intelectual) sela esse compromisso:

1 - Com relação às Partes II, III e IV deste Acordo, os Membros cum-

prirão o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19, da Convenção de Paris (1967).

2 - Nada nas Partes I a IV deste Acordo derrogará as obrigações existentes que os Membros possam ter entre si, em virtude da Convenção de Paris, da Convenção de Berna, da Convenção de Roma e do Tratado Sobre a Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados.

Alguns autores questionam as relações entre a Convenção de Paris e o TRIPS. Uma corrente sustenta que as obrigações assumidas na Convenção de Paris prevalecem com o Acordo TRIPS, uma vez que mantidas e reafirmadas no art. 2°. Outra sustenta que vários são os princípios de Direito Internacional público contrários a esta tese, dentre eles, o princípio *lex posterior derogat priori*, isto é, quando os tratados têm disposições contraditórias e os signatários são os mesmos, prevalece o último tratado.

Para Otto Licks, *ainda que muito sedutora pela sua excelência, a tese de que a Convenção de Paris prevalece sobre o TRIPS merece considerações adicionais*²⁸. Isso porque, Licks parece se basear no texto adotado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, que, citado por ele, estabelece que: *1 - Um tratado bilateral ou multilateral, ou qualquer disposição de um tratado, é nulo, se sua execução envolve a ruptura de uma obrigação de tratado previamente assumida por uma ou mais partes contratantes; (...) 4 - A regra formulada nos parágrafos 1 e 2 não se aplica a subseqüentes tratados multilaterais, que participam de um grau de generalidade que lhes dá o caráter de atos legislativos e alcançam propriamente todos os membros da comunidade internacional ou de-*

vem ser considerados como tendo sido concluídos no interesse internacional (...)»²⁹.

Há um equívoco na argumentação de Licks. O Acordo TRIPS não propõe uma ruptura com a Convenção de Paris, nem é um “tratado-normativo” mas “contratual”.

As obrigações contratadas na Convenção de Paris prevalecem sobre o TRIPS, haja vista que foram mantidas e reafirmadas em seu art. 2°. Os tratados não se excluem, contradizem ou disputam a primazia de regular relações jurídicas, mas se somam e completam e, na dúvida, prevalece o bom senso³⁰.

Ambos os documentos representam a proteção atual dos direitos de propriedade intelectual, suas relações são de interação, não de “conflito”, porque estamos no contexto do Direito Internacional de cooperação e não de coexistência, em que são comuns os conflitos entre fontes.

O TRIPS é dirigido aos direitos de propriedade intelectual relacionados ao comércio internacional, enquanto a Convenção de Paris não tem essa pretensão.

2.3.3.8 O PRINCÍPIO DA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

Uma das principais características do TRIPS é a dinamicidade. A interpretação das suas cláusulas pode mudar de acordo com a evolução do tema. Como observou Otto Licks, *a grande diferença de infraestrutura constitucional, legal, e de disponibilidade de corpo técnico qualificado em cada um dos membros do Acordo também contribuirá para a pluralidade de entendimentos. Ademais, o estudo do TRIPS por internacionalistas também contribuirá de forma importante para a interpretação das cláusulas do Acordo*³¹.

Como evitar as diferentes interpretações? Cada Estado, ao incorporar as regras do TRIPS, o faz com base no seu próprio sistema de direito e realidade econômica, social, cultural etc. Contudo, a observância dos princípios básicos do Acordo assim como as decisões proferidas pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC), servirão de lastro comum para a interpretação.

Em síntese, o Acordo TRIPS estabelece os padrões mínimos de proteção a serem observados pelos Estados-partes, os quais se comprometem a incorporá-los, submetendo-se às sanções previstas no Acordo.

O Acordo não é auto-executável (*no self-executing*) e deve ser incorporado pelos Estados-partes em suas legislações nacionais, mediante mecanismos próprios, haja vista a liberdade deixada pelo Acordo, tanto no que diz respeito às normas substantivas quanto às de procedimento.

O Acordo TRIPS se baseia nas principais convenções internacionais sobre a matéria, mantendo com todas elas uma relação de colaboração e complementaridade, introduzindo princípios como o da “nação mais favorecida”, “esgotamento internacional dos direitos”, e *single undertaking*, dentre outros.

3 SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

a) Mecanismos de solução

De acordo com o art. 64, a solução de controvérsias do TRIPS é regida pelos arts. XXII e XXIII do GATT, desenvolvidos e aplicados nos Entendimentos Relativos às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias, previstos no Anexo 2, do Acordo Constitutivo da OMC. Este Anexo adotou o *Dispute Settlement Body (DSB)*, ou Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), que se traduz num mecanismo mais eficaz para a solução de controvérsias do que o do GATT.

O Órgão de Solução de Controvérsias (OSC) da OMC substituiu o Conselho Geral do GATT, e dele fazem parte todos os Membros da OMC. O OSC traz vários elementos novos e importantes sobre os quais já nos debruçamos no livro “O direito internacional da propriedade intelectual”, citado na nota n.1.

4 OS EFEITOS DO TRIPS

4.1 OS EFEITOS DO TRIPS NO DIREITO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL PÓS-UNIÕES DE PARIS E DE BERNA

A proteção e o reconhecimento dos direitos de propriedade intelectual estão ligados ao Direito Internacional público e privado.

Com a OMC-TRIPS a construção jurídica sobre a matéria adquiriu novos contornos e atingiu sua maturidade em nova perspectiva econômica internacional.

O TRIPS, como parte integrante do Acordo Constitutivo da OMC, trouxe princípios novos como o *single undertaking*, “transparência”, “cooperação internacional”, “interação entre

tratados internacionais” e “interpretação evolutiva”.

O TRIPS fixou padrões mínimos relativos à existência, alcance e exercício dos direitos de propriedade intelectual. Dotou o regime internacional de proteção desses direitos de um “mecanismo de prevenção e solução de controvérsias”. O Estado-parte pode, mediante notificação ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC (OSC), solicitar uma consulta a outro Estado-parte. Caso não resolva a controvérsia, pode ser constituído um Painel (ou Grupo Especial) com a incumbência de examinar a questão. Da decisão do Painel, cabe recurso ao Órgão de Apelação. Estão previstas sanções, autorizadas pelo OSC, contra o Estado-membro que não cumprir as decisões do Painel e do Órgão de Apelação.

O TRIPS dotou a legislação internacional elaborada pela OMPI, e mesmo antes dela, de defesa e ataque, na medida em que se somou aos instrumentos internacionais preexistentes sobre a matéria e, ao mesmo tempo, acrescentou dados novos.

O TRIPS trouxe o que faltava, estabelecendo mecanismos de consulta e fiscalização (vigilância) dos “padrões mínimos” internacionais exigidos e garantindo a observância destes “padrões” nos direitos dos Estados-partes.

4.2 AS IMPLICAÇÕES INSTITUCIONAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES ENTRE O TRIPS E A OMPI

A OMPI administra as Uniãoes de Paris e de Berna, bem como os tratados internacionais de propriedade intelectual. Seu processo decisório se baseia no princípio da igualdade de votos entre os Estados-partes. Inexiste órgão ou mecanismo com competência para verificar o cumprimento por parte dos Estados das normas que se encontram sob a sua guarda e nela não há um sistema de sanção oponível aos Estados inadimplentes.

A OMPI continua se ocupando da harmonização legislativa do direito de propriedade intelectual, enquanto o TRIPS, dos aspectos comerciais internacionais relacionados com a matéria.

Pode parecer que o TRIPS teria ensejado o conflito de regras entre tratados sucessivos ou concorrentes. Contudo, isso não acontece,

porque suas regras não são incompatíveis com as das convenções preexistentes as completa.

Charles Rousseau observa que *a interpretação dos tratados internacionais tem a sua própria lógica, que às vezes se afasta daquela dos contratos do Direito privado. Razão pela qual, é muito interessante a adaptação do trabalho de interpretação à natureza das disposições convencionais em causa.* O Direito Internacional apresenta características específicas em razão da forma particular que reveste a elaboração das normas jurídicas nas relações entre Estados³².

Nas relações entre o TRIPS e as convenções anteriores devem prevalecer as regras de bom senso e a lógica jurídica. Como disse Rousseau, *a interpretação dos tratados é um trabalho de arte jurídica e não uma operação mecânica que coloca em funcionamento um conjunto de receitas ou de diretivas que o juiz - pois é principalmente a ele que se leva o problema - deverá aplicar de maneira sistemática*³³.

O princípio fundamental dessa interpretação deve ser a vontade dos Estados-partes, que no caso do TRIPS, não é revogar ou excluir as convenções anteriores, mas acrescentar-lhe elementos novos.

Como observou o Prof. Miguel Reale, no início dos anos 1980, *a Convenção de Paris não representa um direito uniforme, ela marca uma diretriz no sentido de um direito uniforme. Eu diria numa expressão filosófico-matemática que a internacionalização das normas de direito industrial é o infinito de uma constante exigência jurídica. Nós marchamos cada vez mais para a uniformização das regras que disciplinam a matéria de direito industrial, mas não podemos pretender que isso se realize já. Segundo ele, a disparidade entre os diversos países leva a muitas incompreensões, a reclamações reiteradas, perturbando o campo das relações internacionais*³⁴.

A constante exigência jurídica de que nos fala Reale deu origem ao TRIPS³⁵.

Que pode consultar e buscar informações com a OMPI, o que demonstra o trabalho de parceria e cooperação constantes na proteção dos direitos de propriedade intelectual.

Em Genebra, em 22 de dezembro de 1995, foi celebrado o "Acordo Entre a OMPI e a OMC" com vista a estabelecer uma relação de apoio mútuo. O Acordo formula as

regras de cooperação institucional entre as duas Organizações, no que diz respeito ao acesso a leis e regulamentos da OMPI pelos Estados-membros da OMC e seus nacionais, bem como estabelece os princípios básicos da assistência técnico-jurídica e cooperação técnica.

O TRIPS não pode prescindir do trabalho da OMPI, haja vista a preocupação constante desta Organização com os tratados que estão sob a sua responsabilidade e seu programa, intensificado nos anos 1990, de assistência técnico-jurídica aos países em desenvolvimento por meio do qual os ajuda a se introduzirem no sistema de proteção da propriedade intelectual ou a aperfeiçoarem aquele que já possuem.

A OMPI continua estimulando as atividades de criação dos indivíduos e das empresas, facilitando a aquisição de técnicas e obras literárias e artísticas estrangeiras, assim como o acesso à informação científica e técnica contida nas patentes.

A OMPI continua a ser o **principal centro internacional de promoção dos direitos de propriedade intelectual**, papel que lhe está assegurada na História e agora reforçado pela colaboração do Conselho para TRIPS.

4.3 OS EFEITOS DO TRIPS NO BRASIL

No Brasil, as normas do TRIPS geram dois tipos de efeitos: **externos e internos**.

Os efeitos **externos** ou **internacionais** estão relacionados às obrigações assumidas junto à OMC e aos seus Estados-membros. Os efeitos **internos** referem-se à entrada em vigor no Direito brasileiro e executividade no Brasil. Tanto os efeitos **externos** quanto os **internos** ficaram, no TRIPS, condicionados a um prazo para que suas regras entrassem em vigor.

4.3.1 O REGIME TRANSITÓRIO ESPECIAL DO TRIP PARA OS ESTADOS-PARTES EM DESENVOLVIMENTO

A Parte VI do TRIPS (arts. 65, 66 e 67) é dedicada às Disposições Transitórias, que trazem dois elementos importantes: o grau de desenvolvimento econômico dos Estados-partes e a matéria objeto das disposições do Acordo.

Diante da importância da combinação desses elementos, o TRIPS

estabelece três tipos de "Regimes Transitórios": um Geral e dois especiais em favor de certas categorias de Estados-partes.

1) Regime Transitório Geral

Previsto no art. 65.1, beneficia a todos os Estados-partes do Acordo. Nenhuma das obrigações contidas no Acordo TRIPS será exigível aos Estados-partes antes de transcorrido um prazo **geral de um ano** após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.

2) Regime Transitório Especial para os Estados-Partes em Desenvolvimento

Os Estados-partes em desenvolvimento podem se beneficiar de um **período transitório adicional de quatro anos**, exceção feita aos arts. 3, 4 e 5 do Acordo TRIPS. O total do período transitório especial para esta categoria de Estados-partes é de cinco anos, os quais resultam do período transitório geral de um ano, mais quatro anos do período transitório especial (art. 65.2).

As disposições que não podem ser excepcionadas, dos arts. 3, 4 e 5, referem-se aos princípios do "tratamento nacional", do "tratamento de nação mais favorecida" e aos "acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI relativos à obtenção e manutenção dos direitos de propriedade intelectual".

Os países em desenvolvimento podem obter um prazo adicional de cinco anos para aplicar as normas sobre patentes de produtos, contidas na Seção 5 da Parte II do Acordo, aos setores tecnológicos que não protegiem em seu território, na data geral de aplicação do Acordo (art. 65.4).

Os Estados-partes em processo de transformação de economia de planejamento centralizado para mercado e de livre empresa, realizando reforma estrutural de seu sistema de propriedade intelectual, enfrentando problemas especiais na preparação e implementação de leis e regulamentos de propriedade intelectual, poderão também se beneficiar de um prazo adicional de quatro anos, exceção feita aos arts. 3, 4, e 5 do TRIPS. Esses países, portanto, se beneficiarão também de um período transitório de cinco anos (quatro anos do período transitório especial e um ano do período transitório geral), conforme o disposto no art. 65.3.

O parágrafo 5 do art. 65, estabelece que um *membro que se utilize do prazo de transição previsto nos parágrafos 1, 2, 3 e 4 assegurará que quaisquer modificações nas suas le-*

gislações, regulamentos e prática feitas durante esse prazo não resultem em um menor grau de consistência com as disposições do presente Acordo.

3) Regime Transitório Especial Para os Estados de Menor Desenvolvimento Relativo Membros

Os Estados menos adiantados, em virtude de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e necessidade de flexibilidade para estabelecer base tecnológica viável, não estão obrigados a aplicar as disposições do Acordo, exceção feita aos arts. 3, 4 e 5, **durante um prazo de dez anos** contados a partir da data de aplicação estabelecida no art. 65.1 (Regime Transitório Geral de um ano).

Este período pode ser prorrogado mediante pedido fundamentado, feito pelo Estado interessado, ao Conselho Para TRIPS (art. 66.1).

Frente à natureza complexa das disposições do TRIPS e seus efeitos nas legislações dos Estados-partes, foram necessários dispositivos de direito intertemporal para definir o início da vigência do Acordo, considerando as especificidades de certos países.

As disposições que fixam os "Regimes Transitórios" são essenciais uma vez que não só o TRIPS como o Acordo Constitutivo da OMC afetam a vida econômica dos Estados-membros, os quais precisam de um período razoável de tempo para adequar suas legislações internas às obrigações internacionalmente assumidas.

Apesar de o Decreto n. 1.355/94 declarar que *a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada do Uruguai entra em vigor para a República Federativa do Brasil em 1º de janeiro de 1995*, tal não ocorreu por força do "Regime Transitório Especial" do art. 65.2 porque os efeitos externos e internos do TRIPS ficaram e estão condicionados à passagem do tempo. Como observa Guido Soares, *até o momento do adimplemento dos termos para a entrada em vigor da-quele ato internacional, não se pode cogitar de um conflito entre a legislação interna e o Direito internacional de origem convencional*⁶⁶.

Algumas controvérsias ainda persistem sobre os efeitos das disposições do art. 65 do TRIPS no Brasil. O Acordo não define como os Estados devem exercer esses direitos. A extensão do período de transição depende de manifestação expressa ou basta o silêncio do Estado em desenvolvimento membro? Des-

se questionamento surgiram duas correntes de pensamentos. Para alguns o Estado interessado em se beneficiar do período de transição previsto no art. 65 do TRIPS deveria manifestar a sua intenção no momento da ratificação do Acordo Constitutivo da OMC, alegando que, se o Congresso aprovou a incorporação da Ata Final da "Rodada do Uruguai" ao Direito brasileiro, sem ressalvas, tornou todas as suas disposições vigentes no Brasil.

Outros entendem que o TRIPS não estabeleceu nenhuma formalidade para que o Estado-membro em desenvolvimento se beneficie do período de transição, o qual é automático, frente às condições conhecidas do Estado. A nosso ver não é necessária nenhuma formalidade, basta a inação, porque os Estados em desenvolvimento têm a liberdade de não implementar as regras do TRIPS até certa data, exceção feita aos arts. 3, 4 e 5 que exigem implementação imediata. Ultrapassado o período de transição de cinco anos, tornam-se vigentes os dispositivos do TRIPS.

Para os membros da OMC, o Brasil gozou do período de transição, um direito automático que decorre da sua condição de país em desenvolvimento.

O Estado em desenvolvimento que não quisesse gozar do período de transição deveria renunciar expressamente a esse direito.

O Brasil notificou a OMC em 1997, esclarecendo que gozava do período de transição, o que foi feito *ad cautelam*, em benefício da transparência, haja vista que, em reunião de 22 de fevereiro de 1997, o Conselho para TRIPS registrou que o benefício do período de transição independente de comunicação formal por parte do Estado membro à OMC.

Há três exceções ao período de transição (além dos referidos arts. 3, 4 e 5 do TRIPS), que devem ser observadas:

1) art. 65.5: o padrão de proteção dos direitos de propriedade intelectual, previstos na legislação interna, não pode ser diminuído pelo Estado-parte que se utilize do período de transição. Esta regra tem sido observada pelo Brasil que tem editado leis novas sobre a matéria elevando os padrões de proteção;

2) art. 70.8: os Estados-partes que não possuíam sistema para proteção patentária a produtos farmacêuticos nem a produtos químicos para agricultura, de conformidade com o art. 27, devem criar um meio pelo qual

os pedidos de patente para essas invenções possam ser depositados. O Brasil cumpriu esta exceção e notificou a OMC;

3) art. 70.9: prevê a criação de sistema de proteção a direitos exclusivos de comercialização, o que ainda não foi cumprido pelo Brasil³⁷.

O período de transição se refere ao TRIPS, isto é, ao Anexo 1-C, porque todas as demais regras dos outros Acordos que compõem a Ata Final da Rodada do Uruguai se submetem às suas próprias disposições.

4.3.2 O TRIPS E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL

Até o transcurso do prazo para a entrada em vigor do TRIPS (1º/1/2000), no Brasil, não se levantava a possibilidade de conflito entre as disposições daquele Acordo e a nossa legislação interna.

O período de transição é e foi, em nosso caso, importante porque o TRIPS afeta não só o universo legislativo dos Estados-partes no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual, como também outros setores.

Como é sabido, os Estados-partes do TRIPS não estão obrigados a prover, em suas legislações internas, proteção mais ampla que a exigida pelo Acordo e têm a liberdade de determinar a forma apropriada de implementar as regras do TRIPS em seus sistemas e prática jurídicos³⁸.

Dando cumprimento ao disposto no TRIPS, e de acordo com o sistema brasileiro de aprovação de tratados internacionais (*treaty-making power*), o Congresso Nacional aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, mediante o Decreto Legislativo n. 30, de 15 de dezembro de 1994, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994 e publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1994.

Logo após começou no Brasil o movimento de revisão da legislação sobre propriedade intelectual e novas leis sobre a matéria foram editadas que, com pequenas exceções, observam os padrões mínimos de proteção do TRIPS.

Vejamos como está o cenário legislativo nacional atual de proteção dos direitos de propriedade intelectual, já desenhado no período de transição, hoje expirado:

- **Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996:** regula os direitos e obrigações relativas à propriedade industri-

al (publicada no Diário Oficial da União de 15/05/1996)³⁹;

- **Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997**: disciplina a proteção de cultivos e dá outras providências (Publicada no Diário Oficial da União de 28/04/1997);

- **Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998**: altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências (publicada no Diário Oficial da União de 20/02/1998);

- **Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**: dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programas de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências (publicada no Diário Oficial da União de 20/02/1998).

4.3.2.1 OS EFEITOS DO TRIPS APÓS O DECURSO DO PERÍODO DE TRANSIÇÃO

Quando o Congresso Nacional aprovou o Acordo Constitutivo da OMC, o TRIPS foi incorporado à legislação brasileira juntamente com o mecanismo que dilata a sua entrada em vigor. Contudo, mesmo dentro desse período, o Brasil procurou, e tem procurado, adaptar suas disposições de Direito interno aos padrões internacionais do Acordo.

Até o momento do transcurso do período de transição e, consequentemente, da entrada em vigor do TRIPS no Brasil (1º/1/2000), não ocorreram conflitos entre a legislação interna e as regras do Acordo.

O que pode acontecer agora, transcorrido o período de transição? As regras de Direito interno brasileiro, incompatíveis com o TRIPS, estão *ipso facto* revogadas?

Os tratados internacionais incorporados ao Direito brasileiro passam a ser considerados como leis e produzem os mesmos efeitos destas sobre as demais,⁴⁰ do que se deduz que ocorreria a revogação das leis internas brasileiras pelo TRIPS em conformidade do princípio *lex posterior derogat priori*.

Entretanto, isso não ocorre, pois o TRIPS é um tratado-contrato e não tratado-lei. Suas normas se destinam aos Estados-partes e não aos indivíduos que não recebem, imediatamente, nenhum direito subjetivo com a entrada em vigor do TRIPS.

Hoje, transcorrido o período de transição, se houver discrepâncias entre a legislação nacional e o TRIPS, caberá ao legislador nacional dar corpo às disposições do Acordo (o que

Os países em desenvolvimento podem obter um prazo adicional de cinco anos para aplicar as normas sobre patentes de produtos, contidas na Seção 5 da Parte II do Acordo, aos setores tecnológicos que não protegiam em seu território, na data geral de aplicação do Acordo (...)

já vem fazendo), adaptar o direito interno aos padrões fixados pelo TRIPS, sob pena de, não o fazendo, o Brasil violar o Acordo e, consequentemente, ficar sujeito a responder perante o Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.

O TRIPS é uma norma especial, ou seja, um acordo sobre aspectos de propriedade intelectual no campo do comércio internacional. Daí decorre a sua natureza especial, inclusive no que diz respeito aos direitos de propriedade intelectual.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 Estudo mais aprofundado sobre a matéria fizemos no livro: Basso, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- 2 No Brasil foi promulgada pelo Decreto n. 75.541, de 31 de março de 1975, publicada no D.O.U. de 02/04/1975.
- 3 Em 28 de setembro de 1979, o texto da Convenção foi emendado.
- 4 TRIPS – *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* integra o Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC), como seu ANEXO 1C. O TRIPS, nos países de língua latina, é conhecido pela sigla ADIPIC – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio. Vide: Decreto Presidencial n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.
- 5 Sobre as atividades das empresas transnacionais, são valiosas as lições de Luiz Olavo Baptista, *Empresa transnacional e direito*. São Paulo: RT, 1987.
- 6 Para aprofundar o estudo da história das negociações da “Rodada do Uruguai”, e seus resultados ver: LAFER, Celso, *A OMC e a regulamentação do comércio internacional - uma visão brasileira*; GERVAIS Daniel, *The TRIPS agreement - drafting history and analysis*; KHAVAND, Fereydoun A., *Le nouvel ordre commercial mondial -*

du GATT à l' OMC; Patrick Messerlin, *La nouvelle Organisation Mondiale du Commerce*; Michel Rainelli, *L' Organisation Mondiale du Commerce*; CERVINO, Alberto e PRADA, Cerro, *GATT y propiedad industrial*; ZUCCHERINO, Daniel e MITELMAN, Carlos, *Marcas y patentes en el GATT - Régimen legal*; Thiébaud Flory, *La Communauté Européenne et le GATT - Évaluation des accords du cycle d'Uruguay*; COSTA, Lígia, *OMC - manual prático da rodada do Uruguai*; são oportunos, também, os resultados do “Colloque de Nice” sobre *La réorganisation mondiale des échanges - Problèmes juridiques*, publicados pela Société Française Pour le Droit International, 1996.

- 7 “Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations”, In: *GATT DOC. MTN.TNC/W/FA (20 December 1991)*. Ver “Meeting of Negotiating Group of 16 and 22 October”, In: *GATT DOC. MTN.GNG/TRIPS/3 (nov. 18, 1991)*.
- 8 In Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations, *GATT DOC.MTN.TNC/W/FA (20 December 1991)*.
- 9 In *Acuerdo TRIPS - Régimen internacional de la propiedad intelectual*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998. p. 28-29.
- 10 *A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 28.
- 11 Idem, p. 14-15.
- 12 Idem, p. 38.
- 13 Sobre a diferença entre os *executive agreements* e os tratados internacionais, são importantes as lições de MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder de celebrar tratados: competência dos poderes constituídos para a celebração de tratados, à luz do direito internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Frabris, 1995.
- 14 “A nova lei e o TRIPS”, In “XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual”- Anais 1996, *Revista da ABPI*, p. 14-18, cit. p. 17.
- 15 Idem, p. 14-18, cit. p. 18.
- 16 BARBOSA, Denis. *Uma introdução à propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998. v. 1. p. 87.

- 17 Preâmbulo do TRIPS.
- 18 Art. 27 ("Matéria Patenteável")(...) 3) Os membros também podem considerar como não-patenteáveis: (...) (b) plantas e animais, exceto microorganismos e processos essencialmente biológicos para a produção de plantas ou animais, excetuando-se os processos não-biológicos e microbiológicos. Não obstante, os membros concederem proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos. O disposto neste subparágrafo será revisto quatro anos após a entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC".
- 19 Art. 65 ("Disposições Transitórias") 1- Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. 2 - Um país-membro em desenvolvimento tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos artigos 3, 4 e 5.
- 20 Art. 66 ("Países de Menor Desenvolvimento Relativo Membros"), 1- Em virtude de suas necessidades e requisitos especiais, de suas limitações econômicas, financeiras e administrativas e de sua necessidade de flexibilidade para estabelecer uma base tecnológica viável, os países de menor desenvolvimento relativo membros não estarão obrigados a aplicar as disposições do presente Acordo, com exceção dos Artigos 3, 4, e 5, durante um prazo de dez anos contados a partir da data de aplicação estabelecida no §1º do art. 65. O Conselho para TRIPS, quando receber um pedido devidamente fundamentado de um país de menor desenvolvimento relativo membro, concederá prorrogação desse prazo. O art. 3º se refere ao princípio do tratamento nacional, o art. 4º ao princípio da nação mais favorecida, e o art. 5º aos acordos multilaterais concluídos sob os auspícios da OMPI.
- 21 Reg. 94/800/EC. O Tribunal de Justiça da União Européia expôs as razões da não-auto-executoriedade dos Acordos do GATT, no *leading case* International Fruit.
- 22 Reg. 40/94.
- 23 Reg. 94/824.
- 24 Sobre os métodos de incorporação dos tratados aos Direitos internos, ver MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de, *op. cit.*
- 25 A proteção aqui compreende os aspectos que afetem a existência, obtenção, abrangência, manutenção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os aspectos relativos ao exercício dos direitos de propriedade intelectual de que trata especificamente o Acordo TRIPS.
- 26 *El agotamiento del derecho de marca*. Madrid: Montecorvo, 1994. p. 477.
- 27 *Acuerdo TRIPS* ... p. 48-49.
- 28 *O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual*. In: *op. cit. Guerra comercial ou integração mundial pelo comércio* (org. Paulo Casella e Araminta Mercadante). São Paulo: LTr, 1998. p. 627.
- 29 Citado pelo autor, In: *O Acordo sobre Aspectos dos Direitos* ..., p. 628.
- 30 Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, 1969, art. 30 (Aplicação de Tratados Sucessivos sobre o Mesmo Assunto): (...) 2 - Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão. 3 - Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa em virtude do art. 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior. 4 - Quando as partes no tratado posterior não incluem todas as partes no tratado anterior: a) nas relações entre os Estados-partes nos dois tratados, aplicam-se as regras do parágrafo 3; b) nas relações entre um Estado-parte nos dois tratados e um Estado-parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege seus direitos e obrigações recíprocos(...) Art. 59 (Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Virtude da Conclusão de Tratado Posterior), 1- Considera-se extinto um tratado quando todas as suas partes concluírem um tratado posterior sobre o mesmo assunto e: a) resultar do tratado posterior ou ficar estabelecido por outra forma que a intenção das partes é regular o assunto por este tratado; ou b) as disposições do tratado posterior forem de tal modo incompatíveis com as do tratado anterior que os dois tratados não possam ser aplicados ao mesmo tempo. 2 - A execução do tratado anterior é considerada apenas suspensa quando se depreender do tratado posterior ou estiver estabelecido de outra forma que essa era a intenção das partes.
- 31 *O Acordo sobre Aspectos dos Direitos*, *op. cit.*, p. 625.
- 32 "Principes de droit international public", In: *Recueil des Cours*, 1958, I, Tomo 93, p. 502-503.
- 33 *Idem*, p. 500-501.
- 34 "Aplicação da Convenção de Paris no Brasil". *Revista da ABPI - Anais do II Seminário Nacional de Propriedade Industrial*, p. 20-21.
- 35 DREYFUSS, Rochelle Cooper; LOWENFELD, Andreas F., "Two achievements of the Uruguay Round: Putting TRIPS and Dispute Settlement together", NETANEL, Neil W., "The next round: The impact of the WIPO Copyright Treaty on TRIPS Dispute Settlement", ambos publicados no *Virginia Journal of International Law*, v. 37, n. 2, 1997. p. 275-367 e 441-503 (edição do "Symposium Intellectual Property Law in the International Market Place").
- 36 "O Tratamento da propriedade intelectual no sistema da Organização Mundial do Comércio: uma descrição geral do Acordo TRIPS". *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 98-119, out.1995, citação p. 114.
- 37 A Índia, por exemplo, já perdeu um Painel no OSC e está respondendo a um segundo, por não ter implementado os parágrafos 8 e 9 do art. 70 do TRIPS.
- 38 Conforme o art. 1 do TRIPS ("Disposições gerais e princípios básicos").
- 39 Não vamos fazer menção, neste estudo, à Medida Provisória n. 2.014-1, de 30/12/1999, por considerá-la abusiva e inconstitucional.
- 40 Sobre as relações dos tratados internacionais e o Direito interno, recomendamos: RANGEL, Vicente Marotta. "Os conflitos entre o direito interno e os tratados internacionais". In: *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, n. 45-46, p. 29 e ss., dez/jan. 1967; REZEK, José Francisco, *Direito dos tratados*, p. 394 e ss.; BAPTISTA, Luiz Olavo, "Inserção dos tratados no direito brasileiro": *Revista de Informação Legislativa*, n. 132, p. 71-80, out./dez. 1996; RODAS, João Grandino, *A publicidade dos tratados internacionais*.

ABSTRACT

The authoress traces a brief historical description regarding the intellectual property rights, establishing a link between these rights and the International Law. She mentions the appearance of the United Nations Conference for Trade and Development, of the United Nations Organization for the Industrial Development and of the World Organization of the Intellectual Property as elements which ease the promotion of the intellectual property rights.

She details the international regime of the intellectual property of the TRIPS – (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) that integrates the constitutive Agreement of the World Trade Organization (WTO) clarifying the negotiations of the TRIPS in the GATT.

She further analyzes the TRIPS agreement, its nature, its purpose, its extent, and the general principles that rule it and she delimitates its effects in the International Law of protection of post-unions property rights of Paris and Berne, as well as the institutional implications resulting from the relations between the TRIPS and the World Intellectual Property Organization (WIPO).

Finally, she discourses on the effects of the rules of the TRIPS in Brazil, which can be external or international, related to the obligations that were assumed with the WTO and with its State-members. She also quotes the Brazilian legislation about the subject.

KEYWORDS – International Law; intellectual property; United Nations Organization-UNO; Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights-TRIPS; World Trade Organization- WTO; World Intellectual Property Organization-WIPO.

Maristela Basso é Professora Livre Docente de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – SP.